

Załącznik do uchwały Nr CXIII/1476/14
Rady Miasta Krakowa
z dnia 27 sierpnia 2014 r.

(...)* Prezes Zarządu (...)*, założył skargę na nieprawidłowości w działaniu Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie w związku z zamówieniem publicznym w zakresie modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie Krakowa w ramach programu SOWA.

Z wyjaśnień udzielonych przez Prezydenta Miasta Krakowa w przedmiotowej sprawie wynika, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków ww. zamówienia dopuszczono zastosowanie słupów stalowych lub słupów aluminiowych. Odpowiadając na pytanie nr 5 zadane w ramach procedury przetargowej Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu wskazał, iż cyt. „Zgodnie z zapisami specyfikacji można stosować słupy stalowe i aluminiowe spełniające wymagania opisane w zał. nr 7.5.”. Tym samym nie można uznać, by w jakikolwiek sposób zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogu, by wykonawca zastosował słupy aluminiowe lub stalowe jest odwołaniem się do parametrów na tyle ogólnych, nie wskazujących na konkretnego wykonawcę i producenta i obejmujących swym zakresem dużą grupę produktów różnych producentów zarówno słupów aluminiowych, jak i stalowych, iż nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia tego rodzaju ogólnego parametru uznać należy za wyraz dozwolonej autonomii przy określaniu pożądanых przez siebie cech przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie, zamawiający uprawniony jest do opisu parametrów technicznych w taki sposób, by technologia wykonania robót odpowiadała zarówno jego uzasadnionym potrzebom, jak i możliwościom finansowym. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny w Warszawie z 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, zamawiający ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone minimalne standardy techniczne, poprzez wskazanie parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym.

Określając technologię wykonania słupów oświetleniowych kierowano się przede wszystkim zapewnieniem jednorodności słupów oświetleniowych stanowiących majątek Gminy Miejskiej Kraków, co wpływa na jednorodny sposób utrzymania infrastruktury, a także wyborem rozwiązań sprawdzonych dotychczas przez zamawiającego.

Z wyjaśnień w sprawie wynika, że Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie zarządza obecnie 60 % słupów oświetleniowych stalowych ocynkowanych, 0,1 % słupów aluminiowych oraz 39,9 % słupów betonowych (najstarszych). Przy czym łącznie wszystkich słupów oświetleniowych na terenie Gminy Miejskiej Kraków jest około 30 000 sztuk. Zamawiający dotychczas wymieniał najstarsze betonowe słupy oświetleniowe na słupy stalowe lub słupy aluminiowe. Obiektywnie uzasadnionym jest, by substancja infrastruktury była jednorodna, co umożliwi racjonalne zarządzanie przedmiotową infrastrukturą.

W celu zapewnienia jednolitości technologii wykonania nowych słupów oraz większości zamontowanych dotychczas na terenie Gminy Miejskiej Kraków, zakres zamówienia publicznego i konieczność jednoczesnej wymiany kilku tysięcy słupów oświetleniowych, uzasadnione jest zastosowanie rozwiązań klasycznych i sprawdzonych do tej pory przez zamawiającego. Wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia ogólnego kryterium technologii wykonania słupów oraz dopuszczenie dwóch alternatywnych

materiałów (stal i aluminium) zapewnią udział w postępowaniu nieograniczonemu kręgowi wykonawców.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 18 i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi poprzez prowadzenie postępowania w sposób dyskryminujący przedsiębiorców z krajów Unii Europejskiej, gdzie rozpowszechniona jest technologia słupów kompozytowych i którzy mogą opierać oferty o słupy kompozytowe, podniesienia wymagają następujące okoliczności.

Zamawiający nie różnicuje w żaden sposób podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w Unii Europejskiej. Wszyscy wykonawcy, niezależnie od państwa, w którym mają siedzibę mogą wziąć udział w niniejszym postępowaniu na równych zasadach. Zarzucając naruszenie art. 18 Traktatu w żaden sposób nie uprawdopodobniono, by nastąpiła dyskryminacja ze względu na siedzibę firmy. Ponadto część podmiotów, wymienionych w niniejszej skardze, prowadzi działalność również w zakresie produkcji słupów oświetleniowych stalowych, co odpowiada wymogom zamawiającego dla słupów oświetleniowych stalowych.

Okoliczność, iż w Unii Europejskiej funkcjonuje kilku przedsiębiorców zajmujących się produkcją i dystrybucją słupów kompozytowych nie oznacza dyskryminacji podmiotów zajmujących się produkcją słupów w tej technologii. Wybór określonej technologii został podyktowany potrzebami zamawiającego. Technologia stalowa i aluminiowa jest technologią standardową, klasyczną, szeroko stosowaną w budowie oświetlenia ulicznego. Zamawiający samodzielnie ustalił, jaki produkt odpowiada jego potrzebom, w szczególności w celu zapewnienia jednorodności stosowanych rozwiązań na terenie Gminy Miejskiej Kraków. Wybór technologii stalowej lub aluminiowej dla słupów oświetleniowych oznacza, iż w postępowaniu może wziąć udział co najmniej kilkanaście podmiotów produkujących słupy stalowe lub aluminiowe pochodzących z Polski oraz kilkadziesiąt podmiotów pochodzących z pozostałego obszaru Unii Europejskiej.

Z tych samych względów nie można również uznać, by zamawiający naruszył zasadę przejrzystości, o której mowa w artykule 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którą, cyt. „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z 23 października 2013 r., sygn. akt KIO 2431/13, (odnoszącym się co prawda do zamówienia w zakresie sprzętu IT, jednakże dotyczącego tego samego zagadnienia - wyboru rozwiązań dostosowanych do potrzeb zamawiającego), cyt. „Zamawiający ma prawo domagać się rozwiązań klasycznych, jeżeli takie rozwiązanie jest dla jego potrzeb lepsze, w szczególności zapewnia bezpieczniejszą pracę oraz z uwagi na będącą dopiero w budowie sieć komputerową z określonymi już - w dostosowaniu do jego własnych potrzeb - zasadami zarządzania danymi, jednakowo dla całego obiektu.”

Odnosząc zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r., poz. 907 ze zm.), poprzez bezpodstawną preferencję przedsiębiorców opierających ofertę o słupy stalowe i utrudnienie konkurencji przedsiębiorcom opierającym oferty o inne słupy niż słupy stalowe, podniesienia wymaga, iż zgodnie z powołanym unormowaniem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W wyroku Zespołu Arbitrów z 3 lutego 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-153/05, stwierdzono, cyt. „Zasada zachowania uczciwej konkurencji znajduje swoje rozwinięcie między innymi w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Stosownie do jego zapisów zamawiającemu nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać

uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę”.

Opis przedmiotu zamówienia w ww. postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji. Zamawiający nie wskazał bowiem konkretnego produktu, nie określił żadnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Opis przedmiotu zamówienia umożliwia zaoferowanie przez nieograniczoną ilość wykonawców produktów, które spełniają wszystkie wymagania zamawiającego. Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu ani w sposób bezpośredni, ani w sposób pośredni nie wskazuje na producenta słupów aluminiowych i stalowych. Wymagania zamawiającego nie mają charakteru rygorystycznego, gdyż dopuszczone zostały alternatywnie dwa materiały obecnie stosowane i sprawdzone przez zamawiającego. Stosownie do treści uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 16 maja 2012 r., sygn. akt KIO 935/12, cyt. „Zamawiający ma prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który jest dla niego korzystny z punktu widzenia efektów realizacji zamówienia. Ma prawo wskazywać określony sposób jego realizacji, technologie, o ile oczywiście nie utrudni to uczciwej konkurencji. (...)”.

Okoliczność, iż w ocenie Skarżącego technologia kompozytowa jest technologią bardziej efektywną nie może mieć wpływu na ocenę wyboru technologii dokonywanej przez zamawiającego, z uwzględnieniem jego szczególnych uwarunkowań i potrzeb. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1189/13, cyt. „Wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb, pod warunkiem, że nie uchybia to zasadom równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. (...). Nakaz równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji nie oznacza natomiast takiego porządku preferencji, który eliminowałby w procesie oceny ofert różnice między produktami oferowanymi poszczególnych wykonawców oraz odbierał Zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby umożliwić dokonanie wyboru produktu najbardziej odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom.” Natomiast w wyroku z 23 stycznia 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż cyt. „Prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia statuuje norma art. 29 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zakazująca takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Istotne jest jednak to, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany przez siebie efekt, ustawodawca pozostawił bowiem zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes.”

W analizowanym postępowaniu uznano, iż interesy zamawiającego zostaną w najwyższym stopniu zabezpieczone poprzez wybór sprawdzonej przez niego i powszechnie stosowanej technologii słupów stalowych i aluminiowych.

Natomiast ustosunkowanie się do zarzutu naruszenia wytycznych wynikających z publikacji dotyczących ekologicznych wskazania wymaga, iż słupy stalowe oraz aluminiowe podlegają pełnemu recyklingowi.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 44 ust. 3 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.), poprzez próbę dokonania wydatku publicznego w sposób niecelowy, nieoszczędny oraz z naruszeniem zachowania zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, a także rażącego naruszenia zasad wynikających z Narodowego programu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego 2013 – 2020 poprzez preferowanie słupów stalowych, zmniejszających bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego, natomiast dyskryminowanie słupów kompozytowych, zapewniających bezpieczeństwo uczestnikom ruchu drogowego, podkreślenia wymagają następujące okoliczności.

Większość obecnie posiadanych przez ZIKiT słupów to słupy stalowe ocynkowane. Biorąc pod uwagę konieczność całościowego późniejszego utrzymywania infrastruktury oświetleniowej na terenie Krakowa, zapewnienie jednolitych standardów utrzymania, uprawnione i uzasadnione potrzebami zamawiającego jest wymaganie, aby nowe słupy oświetleniowe miały takie same parametry, jak większość obecnie posiadanych przez zamawiającego.

To zarządca oświetlenia ulicznego posiada najlepsze informacje, jak dotychczas funkcjonuje posiadana infrastruktura oświetleniowa i na bazie tych doświadczeń jest uprawniony do opisanego przedmiotu zamówienia w ten sposób, by zagwarantować sobie możliwość korzystania ze sprawdzonych przez siebie rozwiązań.

Niezależnie od powyższego, z wyjaśnień przedstawionych przez Prezydenta Miasta Krakowa wynika, że postępowanie na realizację zadania pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta Krakowa w ramach programu SOWA” (znak sprawy: 7/III/2014), zostało unieważnione. Niemniej, w ramach planowanego rozpisania procedury przetargowej ZIKiT nie przewiduje, z wyżej wymienionych względów, zmian w zakresie sposobu opisanego materiału z jakiego będą mogły być wykonane słupy oświetleniowe.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, należy uznać, że zarzuty zawarte w przedmiotowej skardze są bezzasadne.

Niniejsza uchwała stanowi zawiadomienie o sposobie załatwienia skargi w rozumieniu art. 237 § 3 w związku z art. 238 § 1 k.p.a.

Stosownie do art. 239 k.p.a. Rada Miasta Krakowa informuje, iż : „W przypadku gdy skarga, w wyniku jej rozpatrzenia, została uznana za bezzasadną i jej bezzasadność wykazano w odpowiedzi na skargę, a skarżący ponowił skargę bez wskazania nowych okoliczności - organ właściwy do jej rozpatrzenia może podtrzymać swoje poprzednie stanowisko z odpowiednią adnotacją w aktach sprawy - bez zawiadamiania skarżącego.”